

EUROPARECHT

In Verbindung mit der Wissenschaftlichen Gesellschaft für Europarecht

herausgegeben von

*Claus-Dieter Ehlermann, Ulrich Everling, Hans-J. Glaesner, Meinhard Hilf,
Hans Peter Ipsen †, Joseph H. Kaiser †, Peter-Christian Müller-Graff,
Gert Nicolaysen, Hans-Jürgen Rabe, Jürgen Schwarze*

Schriftleiter:

Armin Hatje, Ingo Brinker

35. Jahrgang 2000

NOMOS VERLAGSGESELLSCHAFT, BADEN-BADEN

Das Diskriminierungsverbot nach Art. 12 EGV

Von Matthias Rossi, Berlin

A. Einführung

I. Stellung im EGV

Art. 12 Abs. 1 EGV¹ normiert ein umfassendes Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Dieses Verbot war wortgleich zunächst in Art. 7 Abs. 1 EWGV, nach dem Maastricht-Vertrag sodann in Art. 6 Abs. 1 EGV verankert. Die durch den Vertrag von Amsterdam angeordnete neue Numerierung des EGV hat das Diskriminierungsverbot inhaltlich unverändert gelassen. Auch die herausgehobene systematische Stellung des Verbots im „Grundsätze“ normierenden Ersten Teil des EGV ist beibehalten worden.

Art. 12 Abs. 1 EGV wird in der Literatur² und auch vom EuGH³ häufig als „allgemeines Diskriminierungsverbot“ bezeichnet. Diese Bezeichnung ist insoweit irreführend, als Art. 12 Abs. 1 EGV von den vielen Differenzierungskriterien, die der EGV kennt, nur die Staatsangehörigkeit herausgreift und nicht, auch nicht beispielhaft, andere Unterscheidungskriterien wie etwa das Geschlecht, die Abstammung, die Rasse etc. umfaßt.⁴ Deshalb ist Art. 12 Abs. 1 EGV keinesfalls als allgemeiner Gleichheitssatz zu verstehen, der etwa die grundsätzliche Gleichheit aller Menschen vor dem Gemeinschaftsrecht formuliert.

Immerhin erfährt Art. 12 Abs. 1 EGV diesbezüglich durch die Änderungen des Amsterdamer Vertrages eine – wenn auch nur mittelbare – Ergänzung in Art. 13 EGV. Dieser ermächtigt den Rat zu Vorkehrungen, um Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung oder schließlich – aus deutscher Sicht bemerkenswert – des Alters oder der sexuellen Ausrichtung zu bekämpfen. Während aber Art. 12 Abs. 1 EGV als bestimmtes und konkretes Verbot, das nicht eines mitgliedstaatlichen Vollzugsaktes bedarf und eines solchen auch gar nicht fähig ist, unmittelbar anwendbar ist,⁵ können sich die Unionsbürger auf Art. 13 EGV nicht ohne weiteres berufen, denn er hängt in seiner inhaltlichen Ausgestaltung von den Umsetzungsakten des Rates ab.⁶ Insofern steht Art. 13 EGV in seiner Ausgestaltung als Rechtsetzungsermächtigung dem Art. 12 Abs. 2 EGV näher, der dem Rat die Kompetenz zum Erlaß von Rechtsakten nach dem Verfahren der Mit-

1 Es wird ausschließlich die neue, durch den Vertrag von Amsterdam eingeführte Numerierung der Artikel des EGV verwendet.

2 Vgl. etwa *Kischel*, EuGRZ 1997, 1, 1.

3 Vgl. nur EuGH Rs. C-325/95, 20.3.1997, Slg. 1997, I-1711 Rz. 16 *Hayes*.

4 Vgl. etwa die von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG genannten Merkmale.

5 EuGH Rs. 293/98, 13.2.1985, Slg. 1985, 593 Rz. 19 f. *Gravier*; s. auch v. *Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf, Art. 6 Rz. 2.

6 Vgl. den deutlichen Wortlaut bestätigend etwa EuGH Rs. C-249/96, 17.2.1998, Slg. 1998, I-621 Rz. 31 u. 48 *Grant*. A.A. wohl *Cirkel*, NJW 1998, 3332, 3333; *Szcekella*, EuZW 1998, 215, 216.

entscheidung gemäß Art. 251 EGV⁷ verleiht, um bestehende Ungleichbehandlungen abzubauen.⁸

II. Praktische Bedeutung

Trotz seiner ausdrücklichen Subsidiarität gegenüber besonderen Diskriminierungsverboten des Gemeinschaftsrechts hat Art. 12 Abs. 1 EGV in letzter Zeit einen erheblichen Bedeutungszuwachs erfahren. Da die Norm inhaltlich unverändert geblieben ist, ist der dafür maßgebliche Grund in ihrer Struktur zu suchen: Der Raum zwischen dem tatbestandseröffnenden Merkmal des Anwendungsbereichs des Vertrages und dem tatbestandsbegrenzenden Merkmal der Subsidiarität gegenüber anderen, speziellen Diskriminierungsverboten ist mit der Befugniserweiterung durch die Verträge von Maastricht und Amsterdam, mit dem Wandel von einer bloßen Wirtschafts- zu einer umfassenden politischen Gemeinschaft immer größer geworden. Dementsprechend sind in letzter Zeit nationale Regelungen an Art. 12 Abs. 1 EGV gescheitert, deren Zusammenhang mit dem Gemeinschaftsrecht nicht auf den ersten Blick erkennbar ist. Im deutschen Recht waren etwa die prozeßrechtlichen Vorschriften § 917 Abs. 2⁹ und § 110 ZPO¹⁰ betroffen; auch die entsprechende schwedische¹¹ und österreichische Vorschrift¹² hatten vor dem Maßstab des Art. 12 Abs. 1 EGV keinen Bestand. Daneben stand mit § 125 UrhG eine urheberrechtliche Norm auf dem Prüfstand.¹³ In zwei neueren Entscheidungen stellte der EuGH anlässlich von Fragen über die Gleichbehandlung bei der Gewährleistung von Erziehungsgeld¹⁴ und bei der Zulassung einer Minderheitensprache als Gerichtssprache auf Art. 12 Abs. 1 EGV ab.¹⁵

III. Rechtliche Schwierigkeiten

Trotz der angewachsenen Bedeutung ist die Dogmatik des Art. 12 Abs. 1 EGV auch in den letzten Urteilen des EuGH nicht wesentlich klarer geworden. Zwar scheint nun geklärt, wann der Anwendungsbereich des Art. 12 Abs. 1 EGV eröffnet ist, doch bleibt fraglich, wie dessen Subsidiarität gegenüber besonderen Diskriminierungsverboten zu bestimmen ist. Auch ist nach wie vor umstritten, ob und in welchem Umfang eine Diskriminierung gerechtfertigt sein kann. Als weitere Problemkreise seien die Stichworte der Inländerdiskriminierung und der etwaigen

7 Bis zur Änderung durch den Vertrag von Amsterdam galt das Verfahren der Zusammenarbeit (Art. 252 EGV).

8 Vgl. die Richtlinie 93/96/EWG über das Aufenthaltsrecht der Studenten vom 29.10.1993, ABl. 1993 Nr. L 317 S. 59, die in der ersten Fassung vom 13.7.1990, ABl. 1990 Nr. L 180 S. 30 zunächst auf Art. 127 EWGV (Art. 128 EGV) gestützt und deshalb vom EuGH für nichtig erklärt wurde.

9 EuGH Rs. C-398/92, 10.2.1994, Slg. 1994, I-467 *Mund & Fester*.

10 EuGH Rs. C-20/92, 1.7.1993, Slg. 1993, I-3777 *Hubbard*; Rs. C-325/95, 20.3.1997, Slg. 1997, I-1711 *Hayes*.

11 EuGH Rs. C-43/95, 29.9.1996, Slg. 1996, I-4661 *Data Delecta*.

12 EuGH Rs. C-122/96, 2.10.1997, Slg. 1997, I-5325 Rz. 17 *Saldanha*.

13 EuGH verb. Rs. C-92/92 u. 326/92, 20.10.1993, Slg. 1993, I-5145 *Phil Collins*.

14 EuGH Rs. C-85/96, 12.5.1998, Slg. 1998, I-2691 *Sala*.

15 EuGH Rs. C-274/96, 24.11.1998, EuZW 1999, 82 f. Rz. 16 *Bickel*.

Verpflichtung auch von Privaten genannt. Eine streng an den Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 12 Abs. 1 EGV und seiner Struktur ausgerichtete Darstellung soll die Bedeutung der einzelnen Probleme heraus- und etwaige Lösungsansätze vorstellen.

B. Tatbestandsvoraussetzungen

Dem Wortlaut des Art. 12 Abs. 1 EGV lassen sich drei Tatbestandsvoraussetzungen entnehmen: Im Anwendungsbereich des Vertrages (I) ist unbeschadet besonderer Bestimmungen dieses Vertrages (II) jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit (III) verboten. Nach der hier vertretenen Auffassung liegt eine Diskriminierung dabei nicht vor, wenn die Ungleichbehandlung ausnahmsweise durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist (IV) und zudem dem Verhältnismäßigkeitsprinzip genügt (V).

I. Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts

1. Räumlicher und zeitlicher Anwendungsbereich

Der räumliche Geltungsbereich des Vertrages ergibt sich aus Art. 299 EGV. Er ist demnach weitgehend identisch mit der Gesamtheit der Hoheitsgebiete der Mitgliedstaaten. Mit dem Beitritt eines neuen Mitgliedstaates erstreckt sich der räumliche Anwendungsbereich nach dem völkerrechtlichen Prinzip der beweglichen Vertragsgrenzen, das sich regelmäßig in der entsprechenden Änderung des Art. 299 EGV durch den jeweiligen Beitrittsvertrag manifestiert, auch auf dessen Territorium.

Dieser räumlichen Erstreckung korrespondiert grundsätzlich auch die zeitliche Ausdehnung des vertraglichen Anwendungsbereichs: Neu beitretende Staaten haben den Art. 12 Abs. 1 EGV entsprechend dem Grundprinzip der generellen Übernahme des „*acquis communautaire*“ vom Zeitpunkt ihres Beitritts an zu beachten.¹⁶ Allerdings können unter Umständen auch Sachverhalte, die bereits vor dem Beitritt abgeschlossen waren, an Art. 12 Abs. 1 EGV zu messen sein, denn maßgeblich sind allein die Auswirkungen solcher Sachverhalte. Fallen diese in die Zeit nach dem Beitritt des jeweiligen Staates, ist Art. 12 Abs. 1 EGV anwendbar.¹⁷

2. Persönlicher Anwendungsbereich

Im Unterschied zu den Personenverkehrsfreiheiten, die Arbeitnehmern, Niedergelassenen oder Dienstleistenden vorbehalten sind, enthält Art. 12 Abs. 1 EGV keine Aussagen zu besonderen persönlichen Merkmalen der jeweils Berechtigten.

¹⁶ Vgl. bspw. Vedder, in: Grabitz/Hilf, Art. O EUV Rz. 42 ff.

¹⁷ EuGH Rs. C-122/96, 2.10.1997, Slg. 1997, I-5325 Rz. 14 Saldanha.

Gleichwohl hat sich in der Literatur (und zum Teil auch beim EuGH¹⁸) die Differenzierung zwischen persönlichem und sachlichem Anwendungsbereich durchgesetzt.¹⁹ Dies suggeriert eine Trennbarkeit beider Aspekte, die jedoch gerade in den problematischen Fällen nicht gegeben ist: Ob der persönliche Anwendungsbereich eröffnet ist, läßt sich abschließend nicht ohne hinreichende Berücksichtigung auch sachlicher Gesichtspunkte beantworten. Insofern bietet sich die Untergliederung in einen persönlichen und einen sachlichen Anwendungsbereich nur in den „Grundfällen“ an, in denen eine Person des einen Mitgliedstaates aufgrund seiner Staatsangehörigkeit durch staatliche Maßnahmen eines anderen Mitgliedstaates diskriminiert wird.

a) Allgemeines

Von diesen Grundfällen ausgehend, lassen sich zwei allgemeingültige Aussagen zum persönlichen Anwendungsbereich des Art. 12 Abs. 1 EGV treffen: Zum einen verliert ein Staatsangehöriger eines Mitgliedstaates nicht dadurch das Recht, sich auf Art. 12 Abs. 1 EGV zu berufen, daß er zugleich Staatsangehöriger eines Drittstaates ist, und zwar auch dann nicht, wenn er seinen Wohnsitz in dem Drittstaat hat.²⁰ Der „Grundfall“ des Art. 12 Abs. 1 EGV wird also durch eine mehrfache Staatsbürgerschaft nicht in Frage gestellt. Zum anderen beschränkt sich der persönliche Anwendungsbereich des Art. 12 Abs. 1 EGV nicht auf natürliche Personen, sondern erstreckt sich – bei insofern offenem Wortlaut²¹ – auch auf juristische Personen und sonstige Gesellschaften i.S.v. Art. 48 EGV.²² Zwar mag der deutsche Begriff der Staatsangehörigkeit in seinem durch die Verwendung in Art. 116 GG und im RuStAG geprägten Verständnis natürlichen Personen vorbehalten sein, doch schon die englische („nationality“) oder französische („nationalité“) Sprachfassung des Art. 12 Abs. 1 EGV lassen eine Einbeziehung von juristischen Personen zu. Maßgeblich ist letztlich allein das Verständnis des EGV, der den Begriff der Staatsangehörigkeit eben nicht auf natürliche Personen beschränkt, sondern – bspw. in Art. 183 Nr. 4 EGV – auch auf juristische Personen anwendet. Vor allem aber gebietet eine teleologische Auslegung des Art. 12 Abs. 1 EGV die Einbeziehung von juristischen Personen in seinen Anwendungsbereich, denn das in Art. 12 Abs. 1 EGV normierte Verbot ist „Leitmotiv“ des gesamten Vertrages und wesentliches Instrument für die Verwirklichung der vertraglichen Zielsetzungen, so daß

18 S. etwa EuGH Rs. C-85/96, 12.5.1998, Slg. 1998, I-2691 Rz. 59 ff. *Sala*.

19 Siehe etwa v. *Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf, Art. 6 Rz. 28 ff. bzw. 36 ff.; *Zuleeg*, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 6 Rz. 10 f. bzw. 12 f.

20 EuGH Rs. C-122/96, 2.10.1997, Slg. 1997, I-5325 Rz. 17 *Saldanha*; vgl. auch Rs. C-419/92, 23.2.1994, Slg. 1994, I-505 Rz. 9 *Scholz/Porcedda*; Rs. C-369/96, 7.7.1992, Slg. 1992, I-4258 Rz. 15 *Micheletti*.

21 Vgl. v. *Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf, Art. 6 Rz. 32; *Zuleeg*, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 5 Rz. 11; *Streinz/Leible*, IPrax 1998, 162, 167.

22 EuGH verb. Rs. C-92/92 u. 326/92, 20.10.1993, Slg. 1993, I-5145 Rz. 30 *Phil Collins*; Rs. C-398/92, 10.2.1994, Slg. 1994, I-474 Rz. 16 *Mund & Fester*.

ausgerechnet Gesellschaften, die Hauptakteure²³ der Gemeinschaft, nicht von dem Schutz des Art. 12 Abs. 1 EGV ausgenommen werden dürfen.²⁴

b) Besonderheiten

Soweit es über diese allgemeinen Feststellungen hinaus um die Frage geht, ob sich eine konkrete Person auf Art. 12 Abs. 1 EGV berufen kann oder nicht, müssen sachliche Aspekte in die Erwägung einbezogen werden. Betroffen ist zum einen die Konstellation, in der sich ein Inländer ausnahmsweise gegenüber seinem Heimatstaat auf Art. 12 Abs. 1 EGV berufen kann, und zum anderen die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen auch Angehörige von Drittstaaten durch Art. 12 Abs. 1 EGV geschützt werden. In beiden Fällen ist die Eigenschaft der natürlichen oder juristischen Person als solche nur notwendige Voraussetzung für die Eröffnung des persönlichen Anwendungsbereichs. Zusätzlich muß die konkret vorgenommene Handlung in einem hinreichenden Bezug zum Gemeinschaftsrecht stehen.²⁵

Sofern ein Inländer von seinem eigenen Staat aus Gründen der Staatsangehörigkeit diskriminiert wird, ist regelmäßig fraglich, ob Gemeinschaftsrecht überhaupt Anwendung findet. Dies ist jedenfalls in den Fällen zu verneinen, in denen es sich um rein interne, nationale Sachverhalte ohne grenzüberschreitende Merkmale handelt.²⁶ Der Charakter des rein internen, nationalen Sachverhalts geht allerdings verloren, sobald ein Staatsangehöriger von seinen gemeinschaftsrechtlich gewährten Freiheiten Gebrauch gemacht hat. Dann befindet er sich nämlich in einer Lage, die der eines EG-Ausländers vergleichbar ist, und kann sich deshalb auch gegenüber dem eigenen Mitgliedstaat auf Art. 12 Abs. 1 EGV berufen.²⁷ Andernfalls könnte ihn die Aussicht auf eine mögliche bevorstehende Diskriminierung davon abhalten, die gemeinschaftsrechtlichen Freiheiten überhaupt in Anspruch zu nehmen.²⁸ Demgegenüber begründen rein hypothetische Aussichten (oder bloße Absichten), die Grundfreiheiten in Zukunft nutzen zu wollen, nach Auffassung des EuGH noch keinen ausreichenden Gemeinschaftsbezug.²⁹ Ein solcher wird nach der bisherigen Rechtsprechung ebensowenig dadurch hergestellt, daß ein Staatsangehöriger eines Mitgliedstaates, in dem er auch arbeitet, in einem anderen Mitgliedstaat wohnt.³⁰ Ansätze im Schrifttum, die auch rein nationale Sachverhalte

23 v. *Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf, Art. 6 Rz. 1 u. 32; ebenso *Epiney*, in: Calliess/Ruffert, Art. 12 Rz. 1.

24 *Streinz/Leible*, IPrax 1998, 162, 167.

25 So auch *Streinz/Leible*, IPrax 1998, 162, 167.

26 EuGH Rs. 223/86, 19.1.1988, Slg. 1988, 83 Rz. 20 f. *Pesca Valentia*; Rs. C-370/90, 7.7.1992, Slg. 1992, I-4265 Rz. 21 f. *Singh*. S. auch *Schilling*, JZ 1994, 8, 9.

27 EuGH Rs. 115/78, 7.2.1979, Slg. 1979, 399 Rz. 24/26 *Knoors*; Rs. 246/80, 6.10.1981, Slg. 1981, 2311 Rz. 11 *Brokmeulen*; Rs. 20/87, 8.12.1987, Slg. 1987, 4879 Rz. 10 ff. *Ministère public*; vgl. dazu auch v. *Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf, Art. 6 Rz. 54; *Bleckmann*, Europarecht, 6. Aufl. 1997, Rz. 1759 ff.; *Zuleeg*, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 6 Rz. 15.

28 Ähnlich *Hackspiel*, NJW 1989, 2166; unter Verweis auf die Cowan-Entscheidung.

29 So in Bezug auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit EuGH Rs. 180/83, 28.6.1984, Slg. 1984, 2539 Rz. 18 *Moser*.

30 So (noch) EuGH Rs. C-112/91, 26.1.1993, Slg. 1993, I-429 Rz. 16 f. *Werner*; vgl. nun aber Rs. C-274/96, 24.11.1998, EuZW 1999, S. 82 f. *Bickel*.

ohne jeden grenzüberschreitenden Bezug aufgrund der fortgeschrittenen Integrationsstufe in den Anwendungsbereich des Art. 12 Abs. 1 EGV einbeziehen wollen,³¹ konnten sich nicht durchsetzen und sehen sich überzeugender Kritik ausgesetzt.³² Angehörige von Drittstaaten können sich grundsätzlich nicht auf Art. 12 Abs. 1 EGV berufen. Fraglich ist, ob Art. 12 Abs. 1 EGV auf sie insoweit Anwendung findet, als sie (durch andere Vorschriften) in den Anwendungsbereich des Vertrages einbezogen sind. Dies wird von der Literatur überwiegend bejaht,³³ ist vom EuGH aber (soweit ersichtlich) noch nicht entschieden worden.

3. Sachlicher Anwendungsbereich

Dem Tatbestandsmerkmal des sachlichen Anwendungsbereiches kommt besondere Bedeutung zu, denn es entscheidet letztlich über die Frage, ob der Maßstab des Art. 12 Abs. 1 EGV überhaupt auf nationale Regelungen anzulegen ist. Zunächst ist (mittels einer teleologischen Auslegung) festzustellen, daß über den Wortlaut des Art. 12 Abs. 1 EGV hinaus nicht nur der Anwendungsbereich des Vertrages, sondern der des gesamten Gemeinschaftsrechts gemeint ist.³⁴ Art. 12 Abs. 1 EGV soll nur aber auch überall dort Beachtung finden, wo die Mitgliedstaaten ihre nationalen Rechtsordnungen zugunsten des Gemeinschaftsrechts geöffnet haben.³⁵ Sodann ist zu bestimmen, wann dieser Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts eröffnet ist. Zur Beantwortung dieser in der Literatur und Rechtsprechung umstrittenen Frage lassen sich verschiedene Anknüpfungspunkte finden:

a) Mögliche Anknüpfungspunkte

Denkbar ist zunächst, sehr allgemein an die Zielsetzungen der Verträge anzuknüpfen. So formuliert etwa der BayVGh zur Frage des Anwendungsbereichs des Art. 12 Abs. 1 EGV: „Das Diskriminierungsverbot betrifft [...] alle mitgliedstaatlichen Akte in Sachbereichen, in denen die Gemeinschaft Aufgaben wahrnimmt. Der Aufgabenbereich wird [durch Art. 2 EGV] definiert. Konkret werden die Aufgaben in Art. 3 und 4 EGV bestimmt.“³⁶

Etwas restriktiver ließen sich nur solche Sachverhalte zum Anwendungsbereich zählen, die in den Regelungsbereich einer Kompetenz der EG fallen.³⁷ Dieser

31 So etwa *Behrens*, EuR 1992, 145, 160 ff.; *Bleckmann*, RiW 1985, 917 ff; *Kewenig*, JZ 1990, 20, 23 f.; *Reich*, EuZW 1991, 203, 204 f.

32 Vgl. nur *Epiney*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 12 Rz. 33 ff.

33 So v. *Bogdandy*, in: *Grabitz/Hilf*, Art. 6 Rz. 33 ff.; *Geiger*, EG-Vertrag, 2. Aufl. 1995, Art. 6 Rz. 5; *Streinz/Leible*, IPRax 1998, 162, 166; *Zuleeg*, in: *Groeben/Thiesing/Ehlermann*, Art. 6 Rz. 16, jeweils mit Beispielen.

34 Vgl. bspw. *Zuleeg*, in: *Groeben/Thiesing/Ehlermann*, Art. 6 Rz. 12, und v. *Bogdandy*, in: *Grabitz/Hilf*, Art. 6 Rz. 27.

35 Ähnlich *Epiney*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 12 Rz. 17.

36 BayVGh, BayVBl. 1998, 278, 280. Ähnlich auch *Geiger*, EG-Vertrag, 2. Aufl. 1995, Art. 6 Rz. 10. Ablehnend v. *Bogdandy*, in: *Grabitz/Hilf*, Art. 6 Rz. 38.

37 So im Ergebnis v. *Bogdandy*, in: *Grabitz/Hilf*, Art. 6 Rz. 37 f.; vgl. auch *Braun*, IPRax 1994, 263, 264; *Schroeder*, JuS 1995, 1010, 1012.

Gedanke ließe sich noch enger fassen, indem man von vornherein bestimmte (unbestimmte) Kompetenznormen ausnimmt. So wird teilweise gefordert, den gemeinschaftsrechtlichen Anwendungsbereich ohne Rücksicht auf die Art. 94, 95 und 308 EGV festzulegen, weil diese zu weit und zu unbestimmt seien.³⁸ Gleichfalls wird einschränkend gefordert, den Anwendungsbereich nicht nach den möglichen Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaft zu bestimmen, sondern nur nach den ausgeübten.³⁹ Schließlich wird auch die Auffassung vertreten, der Anwendungsbereich des Vertrages sei „abstrakt-allgemein“ gar nicht zu umschreiben, sondern „sollte nur in bezug auf jeden Einzelfall definiert werden“.⁴⁰

b) Rechtsprechung des EuGH: „Gemeinschaftsrechtlich geregelte Situation“

In der Rechtsprechung des EuGH ist eine einheitliche Formel zur Feststellung des Tatbestandsmerkmals des (sachlichen) Anwendungsbereichs (noch) nicht feststellbar, jedoch durchaus eine konsequente und kontinuierliche Ausweitung des Maßstabs zu erkennen.

In einigen Entscheidungen griff der EuGH zur Feststellung des Anwendungsbereichs des Art. 12 Abs. 1 EGV auf Gemeinschaftskompetenzen zurück, wobei diese in einigen Fällen ausgeübt worden waren,⁴¹ in anderen dagegen nicht.⁴² In anderen Entscheidungen mußte der EuGH feststellen, daß die jeweilige Kompetenz mangels Gemeinschaftsregelung bei den Mitgliedstaaten verblieben war, beispielsweise zur Bestimmung der Verfahrensmodalitäten für Klagen.⁴³ Gleichwohl wendete er auch in diesen Fällen Art. 12 Abs. 1 EGV an, denn „derartige Rechtsvorschriften dürfen weder zu einer Diskriminierung von Personen führen, denen das Gemeinschaftsrecht einen Anspruch auf Gleichbehandlung verleiht, noch die vom Gemeinschaftsrecht garantierten Grundfreiheiten beschränken.“⁴⁴

Das zeigt, daß die Gemeinschaftskompetenzen nach der Rechtsprechung des EuGH nicht konstitutiv für die Eröffnung des Art. 12 Abs. 1 EGV sind. Vielmehr betrachtet der EuGH – unabhängig von nationalen oder gemeinschaftsrechtlichen Kompetenzen – lediglich die Wirkungen mitgliedstaatlicher Regelungen. Diesbezüglich stellte er zunächst auf den „innergemeinschaftlichen Austausch von

38 Zuleeg, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 6 Rz. 13; Bungert, Das Recht ausländischer Kapitalgesellschaften auf Gleichbehandlung im deutschen und US-amerikanischen Recht, 1994, 555 ff. Vgl. auch BGH, Vorlagebeschluß v. 25.6.1992, EuZW 1992, 644.

39 So für den allgemeinen Gleichheitssatz Kischel, EuGRZ 1997, 1, 7.

40 Epiney, in: Calliess/Ruffert, Art. 12 Rz. 22.

41 EuGH verb. Rs. C-92/92 u. 326/92, 20.10.1993, Slg. 1993, I-5145 Rz. 26 Phil Collins: Die Richtlinie 92/100/EWG v. 19.11.1992, ABl. Nr. L 346 S. 61 stütze sich auf Art. 47 Abs. 1 sowie Art. 55 und Art. 95 EGV.

42 In der Mund & Fester-Entscheidung genügte der durch Art. 293 EGV und das sog. Brüsseler Übereinkommen hergestellte „Zusammenhang mit dem EWG-Vertrag“ für die Anwendbarkeit des Art. 12 Abs. 1 EGV; EuGH Rs. C-398/92, 10.2.1994, Slg. 1994, I-467 Rz. 12. Vgl. auch EuGH Rs. C-122/96, 2.10.1997, Slg. 1997, I-5325 Rz. 23 Saldanha.

43 Vgl. bspw. EuGH Rs. C-43/95, 29.9.1996, Slg. 1996, I-4661 Rz. 12 Data Delecta; ebenso Rs. C-325/95, 20.3.1997, Slg. 1997, I-1711 Rz. 13 Hayes.

44 EuGH Rs. 186/87, 2.2.1989, Slg. 1989, 195 Rz. 19 Cowan; Rs. C-325/95, 20.3.1997, Slg. 1997, I-1711 Rz. 13 Hayes.

Gütern und Dienstleistungen“ ab⁴⁵ und ließ insofern auch „bloß mittelbare Auswirkungen“ zu.⁴⁶ Später hat er diesen Maßstab, der mit dem „Austausch von Gütern und Dienstleistungen“ der Sache nach wohl auf die Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit beschränkt war, auf alle Grundfreiheiten ausgedehnt.⁴⁷

Damit wird der in der Literatur geführte Streit, ob der Gemeinschaft bestimmte Kompetenzen (nur) vertraglich zugesprochen sein müssen oder ob sie diese Kompetenzen darüber hinaus auch ausgeübt haben muß, gegenstandslos. Es kommt noch nicht einmal darauf an, ob der Europäischen Gemeinschaft überhaupt irgendwelche Kompetenzen zukommen, sondern allein darauf, ob die in Frage stehenden nationalen Regelungen Auswirkungen auf die Grundfreiheiten haben.

Dieser Ansatz ist richtig. Es geht bei der Frage der Anwendbarkeit des Art. 12 Abs. 1 EGV nicht um Kompetenzabgrenzungen im Verhältnis der EG zu ihren Mitgliedstaaten, sondern allein um eine materielle Rechtsverbürgung für den Unionsbürger. Mit der Dogmatik des deutschen Verfassungsrechts gesprochen, die sich normativ noch immer in der Zuständigkeitsverteilung zwischen den Senaten des Bundesverfassungsgerichts nach § 14 BVerfGG ausdrückt, ist die Anwendbarkeit des Art. 12 Abs. 1 EGV keine Frage des (Staats-) Organisationsrechts, sondern der Geltung eines Grundrechts. In dieser Hinsicht gewinnt Art. 12 Abs. 1 EGV die Funktion einer Kompetenzausübungsschranke.⁴⁸

Diesem Verständnis entsprechend, hat der EuGH in einer aktuellen Entscheidung (Bickel) auf die Formulierung eines früheren, zunächst vereinzelt gebliebenen Urteils (Cowan) zurückgegriffen,⁴⁹ nach der der Anwendungsbereich des Art. 12 Abs. 1 EGV schon dann eröffnet ist, wenn „Personen [...] sich in einer gemeinschaftsrechtlich geregelten Situation befinden“.⁵⁰ Zwar ist mit dieser Formel auf den ersten Blick nur wenig gewonnen, denn zu bestimmen gilt nach wie vor, wann eine Situation gemeinschaftsrechtlich geregelt ist. Die gewählte Formulierung kann sogar zu dem (Miß-)Verständnis führen, daß eine Gemeinschaftskompetenz ausgeübt worden sein muß, weil der Bezugspunkt andernfalls eine „gemeinschaftsrechtlich regelbare Situation“ wäre. Jedoch bezieht sich der EuGH zur Bestimmung einer „gemeinschaftsrechtlich geregelten Situation“ nicht auf Kompetenzen, sondern rekurriert auf die in Art. 49 EGV normierte Dienstleistungsfreiheit und verweist im übrigen, und das ist das Besondere an dieser Entscheidung,⁵¹ auf das allgemeine, in Art. 18 EGV normierte Recht aller Unionsbürger, sich im gesamten Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei bewegen und aufhalten zu dürfen. „Personen, die von diesem Recht Gebrauch machen und sich in einem anderen Mitgliedstaat bewegen und aufhalten, haben nach Art. 12 EGV einen Anspruch

45 EuGH verb. Rs. C-92/92 u. 326/92, 20.10.1993, Slg. 1993, I-5145 Rz. 27 *Phil Collins*; Rs. C-43/95, 29.9.1996, Slg. 1996, I-4661 Rz. 12 *Data Delecta*; Rs. C-325/95, 20.3.1997, Slg. 1997, I-1711 Rz. 16 *Hayes*.

46 EuGH Rs. C-43/95, 29.9.1996, Slg. 1996, I-4661 Rz. 15 *Data Delecta*.

47 EuGH Rs. C-122/96, 2.10.1997, Slg. 1997, I-5325 Rz. 17 *Saldanha*.

48 Allgemein etwa *Jarass*, AöR 121 (1996), 174, 179.

49 EuGH Rs. 186/87, 2.2.1989, Slg. 1989, 195 Rz. 10 *Cowan*.

50 EuGH Rs. C-274/96, 24.11.1998, EuZW 1999, 82 *Bickel*; Rs. 186/87, 2.2.1989, Slg. 1989, 195 Rz. 10 *Cowan*.

51 Ähnlich die Einschätzung von *Novak*, EuZW 1999, 84 f.

lauf, nicht gegenüber den Angehörigen dieses Staates ungleich behandelt zu werden, was die Benutzung der dort verwendeten Sprache angeht.⁵² Somit läßt der EuGH in der genannten Entscheidung deutlich erkennen, daß schon die an die Unionsbürgerschaft gekoppelte Freizügigkeit eine „gemeinschaftsrechtlich geregelte Situation“ beschreibt. Er intensiviert damit seine Entscheidung in der Rechtssache „Sana“, in der er auch die Unionsbürgerschaft und die damit einhergehenden Rechte und Pflichten heranzog, dort allerdings nur zur Begründung des persönlichen, nicht aber auch des sachlichen Anwendungsbereichs des Art. 12 Abs. 1 EGV.⁵³

II. „Unbeschadet besonderer Bestimmungen dieses Vertrages“

Ist der Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts auch eröffnet, gilt Art. 12 Abs. 1 EGV doch nur „unbeschadet besonderer Bestimmungen dieses Vertrages“. Dieses Tatbestandsmerkmal dient der Abgrenzung von speziellen Regelungen innerhalb des EGV, die gleichfalls die Ungleichbehandlung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verbieten. Hinter solchen Diskriminierungsverboten tritt Art. 12 Abs. 1 EGV zurück, kann allerdings noch zu deren Auslegung herangezogen werden.⁵⁴

1. Verhältnis zu den Grundfreiheiten

Zu den „besonderen Bestimmungen“ zählen insbesondere die Diskriminierungsverbote in Art. 39 Abs. 2, Art. 43 und Art. 49 EGV, die unmittelbar an die Staatsangehörigkeit anknüpfen, sowie andere Normen, die mit der Herkunft der Waren (Art. 23 f. EGV) oder dem Wohnort bzw. dem Sitz der Niederlassung (Art. 56 EGV) zumindest mittelbar auf die Staatsangehörigkeit rekurrieren. Die Grundfreiheiten erfahren für den Anwendungsbereich des Art. 12 Abs. 1 EGV somit eine doppelte Bedeutung: Auf der einen Seite indizieren sie (nach der Rechtsprechung des EuGH) den Anwendungsbereich des EGV und damit den des Art. 12 Abs. 1 EGV, auf der anderen Seite schränken sie diesen wegen ihrer Spezialität wieder ein.⁵⁵ Gerade diese doppelte Relevanz der Grundfreiheiten macht deren Abgrenzung zu Art. 12 Abs. 1 EGV so schwierig.

Der EuGH hat verbindliche Abgrenzungskriterien noch nicht entwickelt, sondern trägt durch seine Rechtsprechung vielmehr zu einer allgemeinen Verwirrung bei, wann auf die speziellen Diskriminierungsverbote der Grundfreiheiten und wann auf das Diskriminierungsverbot des Art. 12 Abs. 1 EGV abzustellen ist.⁵⁶ So nimmt der EuGH in einigen, insbesondere in früheren Entscheidungen eine

52 EuGH Rs. C-274/96, 24.11.1998, EuZW 1999, 82 f. Bickel; vgl. auch Herdegen, Europarecht, Rz. 98.

53 EuGH Rs. C-85/96, 12.5.1998, Slg. 1998, I-2691 Rz. 59 ff., deutlich Rz. 63 Sala.

54 Bauer/Kahl, JZ 1995, 1077, 1079; v. Bogdandy, in: Grabitz/Hilf, Art. 6 Rz. 55, Epiney, in: Calliess/Ruffert, Art. 12 Rz. 7, 9; Streinz/Leible, IPrax 1998, 162, 165; jeweils mit Nachweisen aus der Rechtsprechung.

55 So sehr deutlich v. Bogdandy, in: Grabitz/Hilf, Art. 6 Rz. 56.

56 So auch der Eindruck von Streinz/Leible, IPrax 1998, 162, 165.

Abgrenzung gar nicht vor, sondern läßt nationale Regelungen „an dem Diskriminierungsverbot der Art. 6, 48, 59 EWGV“ scheitern, ohne sich auf eine konkrete Norm festzulegen.⁵⁷ In anderen Entscheidungen differenziert er zwar zwischen den „besonderen Bestimmungen“ und dem allgemeinen Diskriminierungsverbot, erkennt aber das Verhältnis zwischen ihnen, wenn er ausführt: „Nationale Maßnahmen, die [...] in den Anwendungsbereich des EWG-Vertrages fallen, unterliegen zwangsläufig dem in Art. 7 Abs. 1 EWGV niedergelegten allgemeinen Diskriminierungsverbot, ohne daß es noch erforderlich wäre, sie mit den besonderen Vorschriften der Art. 30, 36, 59 und 66 EWGV in Verbindung zu bringen.“⁵⁸ Angesichts dieser Rechtsprechung erscheint es unverständlich (aber begrüßenswert), wenn der EuGH in weiteren Entscheidungen davon ausgeht, daß „nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes [...] Art. 12 Abs. 1 EGV [...] autonom nur auf durch das Gemeinschaftsrecht geregelte Fallgestaltungen angewendet werden [kann], für die der Vertrag keine besonderen Diskriminierungsverbote vorsieht.“⁵⁹ Immerhin hat der EuGH aber dem Vorrang der speziellen Verbote schon in einer früheren Entscheidung durch die Formulierung Rechnung zu tragen versucht, Art. 12 Abs. 1 EGV werde zumindest dann nicht verletzt, wenn eine Regelung im Einklang mit Art. 43 oder 49 EGV stehe.⁶⁰ Auch hat er eine bundesdeutsche Regelung, nach der Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten bei Verstößen gegen die Ausweisungspflicht hinsichtlich des Verschuldensmaßstabs und des Bußgeldrahmens anders behandelt werden als deutsche Staatsangehörige, nicht an Art. 12 Abs. 1 EGV gemessen, sondern unter Beachtung der Subsidiarität zutreffend auf Art. 39, 43 und 49 EGV abgestellt.⁶¹

Die Tendenz des EuGH, die Subsidiarität des Art. 12 Abs. 1 EGV gegenüber besonderen Diskriminierungsverboten ernst zu nehmen, scheint sich somit durchzusetzen. Vermeintliche Uneinheitlichkeiten erklären sich überwiegend aus der prozeßrechtlichen Situation, denn wenn der Gerichtshof auch um verallgemeinerungsfähige Aussagen bemüht ist, ist er doch in erster Linie zur Lösung eines konkreten Falls berufen. So konnte er in der Entscheidung Hubbard das Erfordernis einer Prozeßkostensicherheit von ausländischen Personen gemäß § 110 ZPO am Maßstab der Art. 49 und 50 EGV scheitern lassen, weil es sich um eine in Ausübung ihres Berufes handelnde Person mit Wohnsitz in einem anderen Mitgliedstaat handelte, der insofern die Dienstleistungsfreiheit offenstand.⁶² Demgegen-

57 Vgl. etwa EuGH Rs. 1/78, 28.6.1978, Slg. 1978, 1489 Rz. 12 *Kenny*; Rs. 175/78, 28.3.1979, Slg. 1979, 1129 Rz. 8 f. *Saunders*; Rs. 59/85, 17.4.1986, Slg. 1986, 1283 Rz. 29 *Reed*; auch Rs. 45/93, 15.3.1994, Slg. 1994, I-911 Rz. 10 *Kommission/Spain* stellt sowohl auf Art. 7 und Art. 59 EWGV ab.

58 EuGH verb. Rs. C-92/92 u. 326/92, 20.10.1993, Slg. 1993, I-5145 Rz. 27 *Phil Collins*; Rs. C-43/95, 29.9.1996, Slg. 1996, I-4661 Rz. 14 *Data Delecta*; Rs. C-325/95, 20.3.1997, Slg. 1997, I-1711 Rz. 16 *Hayes*.

59 EuGH Rs. C-18/93, 17.5.1994, Slg. 1994, I-1783 Rz. 19 *Corsica Ferries Italia*, unter Verweis auf Rs. C-179/90, 10.12.1991, Slg. 1991, I-5889 Rz. 11 *Merci convenzionali porto di Genova*; vgl. auch Rs. C-193/94, 29.2.1996, Slg. 1996, I-929 Rz. 20 *Skanavi*.

60 EuGH Rs. 90/76, 9.6.1977, Slg. 1977, I-1091 Rz. 27 *Van Ameyde*; Rs. C-112/91, 26.1.1993, Slg. 1993, I-429 Rz. 20 *Werner*.

61 EuGH Rs. 24/97, 30.4.1998, Slg. 1998, I-2133 Rz. 15 *Kommission/Deutschland*.

62 EuGH Rs. C-20/92, 1.7.1993, Slg. 1993, I-3777 Rz. 13 *Hubbard*.

über ging es in der Rechtssache Hayes um eine Klage auf Bezahlung von Warenlieferungen, so daß dieselbe Vorschrift, § 110 ZPO, zumindest nicht am Maßstab der Dienstleistungsfreiheit gemessen werden konnte.⁶³ Auch in der Entscheidung Saldanha, die die entsprechende Vorschrift in der österreichischen ZPO betraf, konnte der EuGH nicht auf die Grundfreiheiten abstellen und mußte folgerichtig Art. 12 Abs. 1 EGV anwenden.⁶⁴ Soweit der Grund für die uneinheitliche Rechtsprechung des EuGH dagegen in den konkreten Formulierungen der Vorlagefragen gesucht wird,⁶⁵ ist darauf hinzuweisen, daß sich der EuGH grundsätzlich nicht scheut, Vorlagefragen umzuformulieren.⁶⁶

Wenn Art. 12 Abs. 1 EGV als personenbezogenes Diskriminierungsverbot auch in erster Linie die Personenverkehrsfreiheiten betrifft, kann es doch auch zu Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Art. 12 Abs. 1 EGV und der Warenverkehrsfreiheit kommen.⁶⁷

Gerade die Rechtsprechung zu Art. 28 EGV verdeutlicht, wie schwierig die Abgrenzung zu Art. 12 Abs. 1 EGV sein kann. Denn der Tatbestand des Art. 28 EGV ist nach der bekannten Dassonville-Formel bereits dann eröffnet, wenn „eine nationale Maßnahme geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern“.⁶⁸ Deshalb läßt sich fragen, warum der EuGH die in den genannten Entscheidungen in Frage stehenden zivilprozessualen Vorschriften nicht an Art. 28 EGV gemessen hat, denn sie ließen sich durchaus unter die Dassonville-Formel subsumieren. Angesichts des in mehrerer Hinsicht weiten Maßstabs dieser Formel ist das Kriterium der Unmittelbarkeit der Beeinträchtigung jedenfalls nur bedingt geeignet, eine saubere Abgrenzung zwischen Art. 28 EGV und dem allgemeinen Diskriminierungsverbot nach Art. 12 Abs. 1 EGV vorzunehmen. Auch für andere Grundfreiheiten markiert die Feststellung, daß diese „zwar berührt, aber nicht konkret tatbestandlich einschlägig sind“,⁶⁹ keine deutliche Grenze.

Mag in den genannten Fällen die Frage, ob die Grundfreiheiten oder Art. 12 EGV als Maßstab für die nationalen Regelungen heranzuziehen sind, ohne Auswirkungen auf das Ergebnis geblieben sein, ist eine genaue Abgrenzung doch sehr wichtig für die Frage der Rechtfertigungsmöglichkeiten. Denn die einzelnen Normen unterscheiden sich insbesondere hinsichtlich ihrer Möglichkeiten, unterschiedliche Behandlungen zu rechtfertigen. So können von Art. 28 EGV verbotene Maßnahmen nach der Cassis-Rechtsprechung ausnahmsweise durch zwingende Gründe des Allgemeinwohls zulässig oder durch einen ausdrücklich in Art. 30 EGV veran-

63 EuGH Rs. C-325/95, 20.3.1997, Slg. 1997, I-1711 Rz. 16 Hayes.

64 EuGH Rs. C-122/96, 2.10.1997, Slg. 1997, I-5325 Rz. 17 Saldanha.

65 Streinz/Leible, IPrax 1998, 162.

66 Vgl. etwa EuGH Rs. 83/78, 29.11.1978, Slg. 1978, 2347 Rz. 26 ff. *Pigs Marketing Board*; s. auch Rengeling/Middeke/Gellermann, Rechtsschutz in der Europäischen Union Rz. 393.

67 Vgl. etwa EuGH Rs. C-43/95, 29.9.1996, Slg. 1996, I-4661 Rz. 12 *Data Delecta*; Rs. C-325/95, 20.3.1997, Slg. 1997, I-1711 Rz. 13 Hayes; bezugnehmend Rs. C-122/96, 2.10.1997, Slg. 1997, I-5325 Rz. 17 Saldanha.

68 EuGH Rs. 8/74, 11.7.1974, Slg. 1974, 837 Rz. 5 Dassonville.

69 So wohl Streinz/Leible, IPrax 1998, 162, 165.

kerten Grund gerechtfertigt sein. Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer und auch die Niederlassungsfreiheit stehen wie die Dienstleistungsfreiheit unter dem Vorbehalt der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit (Art. 39 Abs. 3; Art. 46 Abs. 1; Art. 55 EGV) und finden zudem keine Anwendung auf die Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung (Art. 39 Abs. 4, Art. 45 Abs. 1, Art. 55 EGV). Schließlich hat sich mit der (schutzbereichserweiternden) Interpretation nicht nur der Dienstleistungsfreiheit, sondern auch der Niederlassungsfreiheit als allgemeines Beschränkungsverbot die (schutzbereichsbegrenzende) Auffassung durchgesetzt, daß nationale Maßnahmen ausnahmsweise aus zwingenden Gründen erforderlich sein können.⁷⁰ Solche Vorbehalte gelten bei Art. 12 Abs. 1 EGV nicht oder sind zumindest umstritten.

Die Subsidiarität des Art. 12 Abs. 1 EGV ist deshalb ernst zu nehmen, denn die bei den anderen Diskriminierungsverboten geltenden Vorbehalte und Ausnahmen sollen von dem allgemeinen Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit nicht unterlaufen werden. Der Schwerpunkt der künftigen Rechtsprechung des EuGH zum Art. 12 Abs. 1 EGV wird also nicht auf der Begründung des Anwendungsbereichs des Vertrages liegen, sondern die Abgrenzung zu speziellen Diskriminierungsverboten betreffen. Dies wird um so wichtiger sein, als mit der Ausdehnung des vertraglichen Anwendungsbereiches insbesondere auch Auswirkungen auf die nationale Leistungsverwaltung zu erwarten sind, die mit der Frage ihrer Finanzierbarkeit Grundinteressen der Mitgliedstaaten berühren.⁷¹

2. Verhältnis zum Sekundärrecht

Das Diskriminierungsverbot tritt nicht nur hinter die Bestimmungen des EGV über die Grundfreiheiten zurück, sondern gegebenenfalls auch hinter sekundärrechtliche Vorschriften. Das folgt schon daraus, daß auch die genannten Grundfreiheiten durch sekundäres Gemeinschaftsrecht konkretisiert und dementsprechend verdrängt werden können.⁷² Insofern trägt das Merkmal der Subsidiarität auch der grundsätzlichen Gestaltungsfreiheit der europäischen Rechtsetzung Rechnung.

3. Verhältnis zu sonstigen Diskriminierungsverboten

Die Subsidiarität des Art. 12 Abs. 1 EGV gilt nur im Verhältnis zu solchen Bestimmungen, die gleichfalls an die Staatsangehörigkeit anknüpfen. Sonstige Diskriminierungsverbote, die auf andere Differenzierungskriterien abstellen (wie etwa Art.

70 Vgl. für die Niederlassungsfreiheit etwa EuGH Rs. 96/85, 30.4.1986, Slg. 1986, 1475 Rz. 11 *Kommission/Frankreich*; Rs. C-340/89, 7.5.1991, Slg. 1991, I-2357 Rz. 18 *Vlassopoulou*; für die Dienstleistungsfreiheit bspw. Rs. 205/84, 4.12.1986, Slg. 1986, 3755 Rz. 33 *Kommission/Deutschland*; s. auch *Oppermann*, Europarecht, 2. Aufl. 1999, Rz. 1603, 1607, 1627; *Schweitzer/Hummer*, 5. Aufl. 1996, Rz. 1175 u. 1192.

71 Fraglich mag bspw. sein, ob die Ausübung der allgemeinen Freizügigkeit nach Art. 18 EGV einen Anspruch auf Leistungen nach dem BaföG nach sich ziehen kann. Vgl. zur bisherigen Rechtslage EuGH Rs. 293/98, 13.2.1985, Slg. 1985, 593 Rz. 19 f. *Gravier*; Rs. 39/86, 21.6.1988, Slg. 1988, 3161 Rz. 15 *Lair*.

72 *Störmer*, AöR 123 (1998), 541, 552; vgl. auch EuGH Rs. C-131/96, 25.6.1997, Slg. 1997, 3659 Rz. 11 f. *Romero*.

141 EGV auf das Geschlecht), verdrängen Art. 12 Abs. 1 EGV nicht, sondern sind neben ihm anwendbar.

4. Verhältnis zum allgemeinen Gleichheitssatz

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH gehört der „allgemeine Gleichheitssatz“ zu den Grundprinzipien des Gemeinschaftsrechts. Danach dürfen vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich behandelt werden, es sei denn, die Differenzierung ist durch einen objektiven Grund gerechtfertigt.⁷³ Wird Art. 12 EGV auch als Ausformung dieses allgemeinen Gleichheitssatzes verstanden,⁷⁴ muß er doch von diesem unterschieden werden: In seinem Schutz geht der allgemeine Gleichheitssatz einerseits weiter, weil er nicht nur die Staatsangehörigkeit, sondern alle vorstellbaren Differenzierungskriterien erfaßt. Andererseits ist der allgemeine Gleichheitssatz aber auch enger, denn er verpflichtet nicht unmittelbar die Mitgliedstaaten, sondern bindet vorrangig die Gemeinschaften und ihre Organe, indem er als Maßstab für das Sekundärrecht dient.⁷⁵ Für die Mitgliedstaaten gilt er nur in den Fällen, in denen sie Gemeinschaftsrecht ausführen,⁷⁶ für den Bürger ist er nicht unmittelbar anwendbar.⁷⁷ Außerdem sei darauf hingewiesen, daß der allgemeine Gleichheitssatz in seinem Verständnis als Willkürverbot den rechtsetzenden Gewalten einen recht weiten Spielraum beläßt.⁷⁸

Der EuGH hat die notwendige Abgrenzung nicht immer mit der erforderlichen Stringenz vorgenommen. So führte er in der Entscheidung Hochstrass lediglich aus, daß das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit nur eine besondere Ausformung des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes sei, differenzierte bei der weiteren Prüfung aber nicht zwischen diesen beiden Maßstäben.⁷⁹ In der Literatur wird angesichts dieser Rechtsprechung zum Teil die Auffassung vertreten, alle Gleichheitssätze bildeten inhaltlich eine Einheit, weshalb „der Gleichheitssatz“ auch einheitlich zu behandeln und entwickeln sei.⁸⁰ Herrschend dürfte dagegen die Auffassung sein, daß Art. 12 Abs. 1 EGV dem allgemeinen Gleichheitssatz vorgeht.⁸¹

73 EuGH verb. Rs. 117/76 u. 16/77, 19.10.1977, Slg. 1977, 1753 Rz. 7 *Ruckdeschel*.

74 Vgl. z.B. v. *Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf, Art. 6 Rz. 2; *Kischel*, EuGRZ 1997, I, 3; ähnlich auch EuGH Rs. C-29/95, 23.1.1997, Slg. 1997, I-300 Rz. 14 *Pastoor*: „Art. 6 [...] ist spezifischer Ausdruck des allgemeinen Gleichheitssatzes des Gemeinschaftsrechts“.

75 Vgl. etwa *Epinay*, in: Calliess/Ruffert, Art. 12 Rz. 3; ausführlich *Mohn*, Der Gleichheitssatz im Gemeinschaftsrecht, 1990, 41.

76 v. *Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf, Art. 6 Rz. 7.

77 *Bleckmann*, Europarecht, 6. Aufl. 1997, Rz. 1780; a.A. *Kischel*, EuGRZ 1997, I, 8; *Mohn*, Der Gleichheitssatz im Gemeinschaftsrecht, 1990, 41 f.; die aber den rechtsstaatlichen mit dem grundrechtlichen allgemeinen Gleichheitssatz vermischen.

78 Vgl. etwa EuGH Rs. 11/74, 11.7.1974, Slg. 1974, 877 Rz. 22/23 *Minotiers de la Champagne*; verb. Rs. 117/76 u. 15/77, 19.10.1977, Slg. 1977, 1753 Rz. 7 *Ruckdeschel*; s. auch *Bleckmann*, Europarecht, 6. Aufl. 1997, Rz. 1781; *Bleckmann/Pieper*, in: Dausies, Hb.EGWirtR, B. I Rz. 98; *Kischel*, EuGRZ 1997, I ff.

79 EuGH Rs. 147/79, 16.10.1980, Slg. 1980, 3005 Rz. 7 *Hochstrass*.

80 *Kischel*, EuGRZ 1997, I, 4.

81 *Zuleeg*, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 6 Rz. 21; unter Verweis auf *Reitmaier*, Inländerdiskriminierungen nach dem EWG-Vertrag, Kehl 1984, 75.

III. Ungleichbehandlung aus Gründen der Staatsangehörigkeit

Legen die beiden genannten Tatbestandsmerkmale den Bereich fest, in dem Art. 12 Abs. 1 EGV zur Anwendung gelangt, ist das dritte das eigentlich rechtsfolgenauslösende Merkmal: eine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit.

1. Allgemeine Voraussetzungen einer Diskriminierung

Art. 12 Abs. 1 EGV schützt nur vor Ungleichbehandlungen durch ein und denselben Hoheitsträger. Dementsprechend liegt keine Diskriminierung i.S.v. Art. 12 EGV vor, wenn die Regelung eines Mitgliedstaates von der eines anderen Mitgliedstaates abweicht. Der Einzelne kann sich nicht unter Berufung auf Art. 12 EGV dagegen wehren, daß ein bestimmter Sachverhalt in seinem Mitgliedstaat anders geregelt wird als in einem anderen,⁸² denn die materielle Rechtsgewährleistung des Art. 12 Abs. 1 EGV ist nicht dazu gedacht, die gemeinschaftsrechtliche Verteilung der Verbands- und Organkompetenzen mit den jeweiligen spezifischen Voraussetzungen zu unterlaufen. Unterschiede in den Rechtsordnungen können deshalb nur nach Maßgabe und unter den Vorgaben spezieller Kompetenzen, insbesondere der Art. 94 und 95 EGV, harmonisiert werden.

2. Offensichtliche und versteckte Differenzierungen

Seinem deutlichen Wortlaut nach verbietet Art. 12 Abs. 1 EGV „jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit“. Erfaßt werden deshalb nicht nur solche Regelungen, die offensichtlich (unmittelbar, direkt) auf die Staatsangehörigkeit abstellen, indem sie etwa wie § 110 ZPO a.F. eine Sonderregelung für „Angehörige fremder Staaten“ normieren. Verboten sind vielmehr auch solche Regelungen, die versteckt (mittelbar, indirekt) an die Staatsangehörigkeit anknüpfen.⁸³ Als Beispiel seien nationale Regelungen genannt, die eine Unterscheidung aufgrund des Kriteriums des Wohnsitzes treffen, indem sie Gebietsfremden eine bestimmte Vergünstigung verweigern, die sie Gebietsansässigen gewähren. Denn da Gebietsfremde meist Ausländer sind, wirken sich solche Regelungen hauptsächlich zum Nachteil der Angehörigen anderer Mitgliedstaaten aus und sind deshalb als (versteckte) Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten.⁸⁴ Die weder in der Literatur noch vom EuGH in Frage gestellte Einbeziehung

82 EuGH Rs. 14/68, 13.2.1969, Slg. 1969, I Rz. 13 *Walt William*; Rs. 1/78, 28.6.1978, Slg. 1978, 1489 Rz. 18 *Kenny/Insurance Officer*; Rs. 223/86, 19.1.1988, 83 Rz. 18 *Pesca Valentia*. Vgl. auch *Epinay*, in: Calliess/Ruffert, Art. 12 Rz. 5 u. 27 m.w.N.; *Kapteyn/v. Themaat*, Introduction to the Law of the European Communities, 3. Aufl. 1998, 63 f.

83 Vgl. etwa EuGH Rs. 152/73, Slg. 1974, 153 Rz. 11 *Sotgiu/Deutsche Bundespost*; Rs. 61/77, 16.2.1978, Slg. 1978, 417 Rz. 78/80 *Seefischerei*; Rs. C-29/95, 23.1.1997, Slg. 1997, I-300 Rz. 15 *Pastoor*.

84 EuGH Rs. C-29/95, 23.1.1997, Slg. 1997, I-300 Rz. 17 *Pastoor*, unter Verweis auf Rs. C-279/93, 14.2.1995, Slg. 1995, I-225 Rz. 28 f. Vgl. auch EuGH Rs. C-274/96, 24.11.1998, EuZW 1999, 82 f. *Bickel*. A. A. offensichtlich *Schütze*, RIW 1998, 285, 286.

von versteckten Diskriminierungen in das Verbot des Art. 12 Abs. 1 EGV läßt sich zum einen mit dem Wortlaut der Norm begründen, die *jede* Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit erfaßt, folgt zum anderen aber auch zwingend aus einer teleologischen Auslegung der Norm bzw. einer Orientierung an ihrem *effet utile*.⁸⁵ Aus diesem Grund richtet sich die Qualifizierung einer mittelbaren Diskriminierung auch nicht nach der Zielrichtung der nationalen Regelung, sondern allein nach deren Wirkung:⁸⁶ Verboten sind „alle versteckten Formen der Diskriminierung, die durch die Anwendung anderer Unterscheidungsmerkmale [als dem der Staatsangehörigkeit] tatsächlich zu dem gleichen Ergebnis führen.“⁸⁷

Gerade zu Wohnsitzerfordernissen in nationalen Regelungen sei allerdings angemerkt, daß sie nur solange als Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit aufgefaßt werden dürfen, wie sie tatsächlich zu einer Ungleichbehandlung von In- und Ausländern führen. In einer fiktiven Europäischen Union dagegen, in der sämtliche Unionsbürger von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht und dadurch eine gleichmäßige Vermischung von In- und Ausländern herbeigeführt haben, wirkten sich Wohnsitzanknüpfungen in nationalen Regelungen gleichsam auf Staatsangehörige wie auf Ausländer aus. Sofern sie selbst in diesem europapolitischen Idealzustand als Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit begriffen würden, hätte dies einzig eine nicht intendierte Inländerdiskriminierung zur Folge.

3. Inländerdiskriminierung

Der Problemkreis der Inländerdiskriminierung fällt, wie bereits gezeigt, nicht erst unter den rechtsfolgenauslösenden Begriff der Diskriminierung, sondern bereits unter das tatbestandseröffnende Merkmal des Anwendungsbereichs des Vertrages. Ist dieser einmal gegeben, steht Art. 12 Abs. 1 EGV als Maßstab auch für Handlungen des jeweils eigenen Mitgliedstaates zur Verfügung, denn er erfaßt „jede“ Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und somit auch solche von Inländern.⁸⁸

IV. Sachliche Rechtfertigung

Ob eine unterschiedliche Behandlung aus Gründen der Staatsangehörigkeit ausnahmsweise gerechtfertigt sein kann, ist in der Literatur umstritten und vom EuGH bislang nur für den Fall der versteckten Diskriminierung geklärt worden.

⁸⁵ *Epiney*, in: Calliess/Ruffert, Art. 12 Rz. 15, m.w.N.

⁸⁶ Erfaßt werden also gleichermaßen final und kausal herbeigeführte Diskriminierungen. Vgl. etwa *Epiney*, in: Calliess/Ruffert, Art. 12 Rz. 6.

⁸⁷ So klarstellend und unter Bezug auf frühere Urteile EuGH Rs. C-29/95, 23.1.1997, Slg. 1997, I-300 Rz. 16 *Pastoor*.

⁸⁸ *Epiney*, in: Calliess/Ruffert, Art. 12 Rz. 28; *dies.*, Umgekehrte Diskriminierungen. Zulässigkeit und Grenzen der *discrimination à rebours* nach europäischem Gemeinschaftsrecht und nationalem Verfassungsrecht, 1995, 19 ff.

1. Absolutes oder relatives Diskriminierungsverbot

In der Literatur wird zum Teil die Auffassung vertreten, Art. 12 Abs. 1 EGV normiere ein absolutes Diskriminierungsverbot. Dieses Verbot werde schon und allein dadurch ausgelöst, daß eine Differenzierung nach der Staatsangehörigkeit vorgenommen werde. Eine Rechtfertigung für diese Ungleichbehandlung sei dementsprechend nicht möglich.⁸⁹

Zur Begründung wird zunächst der Wortlaut des Art. 12 Abs. 1 EGV bemüht, der durch die Formulierung „jede Diskriminierung“ wie auch immer geartete Ausnahmen oder Rechtfertigungen ausschließe. Außerdem folge aus einer systematisch-vergleichenden Betrachtung mit den speziellen Diskriminierungsverboten und ihren ausdrücklichen Einschränkungs- und Rechtfertigungsmöglichkeiten, daß solche Ausnahmen mangels expliziter Regelung bei Art. 12 Abs. 1 EGV nicht zulässig seien.⁹⁰ In teleologischer Hinsicht schließlich könnte für ein absolutes Diskriminierungsverbot sprechen, daß die fortschreitende Integration nicht durch ungeschriebene und deshalb nicht hinreichend bestimmte Rechtfertigungsgründe unterlaufen werden soll.

Gegen ein absolutes Verständnis des Diskriminierungsverbots nach Art. 12 Abs. 1 EGV spricht zunächst das schwache Argument, die Gestaltungsfreiheit des nationalen Gesetzgebers könne zu stark eingeschränkt werden.⁹¹ Als ausreichendes Korrektiv und insofern ernstzunehmendes Tatbestandsmerkmal wirkt diesbezüglich aber schon der Begriff der Diskriminierung selbst, der – wie gezeigt – Maßnahmen derselben Hoheitsgewalt voraussetzt und der vertikalen Gewaltenteilung in einem devided-power-system deshalb genügend Spielraum beläßt. Auch die Nähe des Art. 12 Abs. 1 EGV zum allgemeinen Gleichheitssatz, der anerkannterweise Diskriminierungen aus sachlichen Gründen zuläßt, ist für sich genommen kein ausreichendes Argument gegen den absoluten Charakter des Art. 12 Abs. 1 EGV.⁹² Demgegenüber spricht insbesondere der Charakter des Art. 12 Abs. 1 EGV als Auffangnorm, der in der Subsidiarität gegenüber anderen Diskriminierungsverboten zum Ausdruck kommt, für die grundsätzliche Rechtfertigungsmöglichkeit von Diskriminierungen und somit für ein nur relatives Verbot. Denn aufgrund dieses Charakters erlangt Art. 12 Abs. 1 EGV in erster Linie in den Bereichen eigenständige Bedeutung, die von den Grundfreiheiten nicht erfaßt werden, etwa im Bereich der Berufsausbildung.⁹³ Dies sind jedoch regelmäßig Gebiete, in denen die Mitgliedstaaten über vergleichsweise umfassende Regelungsbefugnisse verfü-

89 So etwa *Bungert*, Das Recht ausländischer Kapitalgesellschaften auf Gleichbehandlung im deutschen und US-amerikanischen Recht. 1994, 557-561; v. *Bogdandy*, in: *Grabitz/Hilf*, Art. 6 Rz. 23 (für offene Diskriminierungen); *Geiger*, EG-Vertrag, 2. Aufl. 1995, Art. 6 Rz. 7.; *Mohn*, Der Gleichheitssatz im Gemeinschaftsrecht, 1990, 10; *Thümmel*, EuZW 1994, 242, 243.

90 v. *Bogdandy*, in: *Grabitz/Hilf*, Art. 6 Rz. 23; *Bungert*, EWS 1993, 315, 325.

91 Ähnlich *Zuleeg*, in: *Groeben/Thiesing/Ehlermann*, Art. 6 Rz. 2.

92 So *Ehlers*, NVwZ 1990, 810, 811; *Kleier*, RIW 1988, 623, 627; *Ress*, JuS 1995, 967, 970; vgl. auch *Schöne*, RIW 1989, 450, 453; *Zuleeg*, in: *Groeben/Thiesing/Ehlermann*, Art. 6 Rz. 3.

93 Vgl. EuGH Rs. 293/98, 13.2.1985, Slg. 1985, 593 Rz. 19 f. *Gravier*; Rs. 24/86, 2.2.1988, Slg. 1988, 379 Rz. 11 *Blaziot*.

gen. Ausgerechnet aber in diesen Bereichen strengere Maßstäbe anzulegen als bei den Grundfreiheiten, entspricht weder dem Sinn des Art. 12 Abs. 1 EGV noch dem der gesamten Systematik des EGV.⁹⁴ Vor allem aber erlaubt nur eine grundsätzliche Rechtfertigungsmöglichkeit, die besonderen Umstände des jeweiligen Einzelfalls hinreichend zu würdigen, denn zwingende Ausnahmegründe sind bei jedem verbotenen Merkmal vorstellbar.⁹⁵ Hier kann das Korrektiv der Verhältnismäßigkeit dafür Sorge tragen, die mitgliedstaatlichen Interessen mit dem Gemeinschaftsinteresse in einen vernünftigen Ausgleich zu bringen. Im übrigen kann ein Zielkonflikt nicht nur mit mitgliedstaatlichen Interessen, sondern auch mit anderen gemeinschaftsrechtlichen Interessen entstehen, so daß es stets einer sorgfältigen Güter- und Interessenabwägung im Lichte der Vertragsziele bedarf.⁹⁶

2. Unterschiedlicher Maßstab bei offenen und versteckten Ungleichbehandlungen?

Selbst die Befürworter eines absoluten Diskriminierungsverbotes sehen sich gezwungen, nach der insofern sehr deutlichen Rechtsprechung des EuGH bei der Frage einer etwaigen Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen danach zu differenzieren, ob es sich im konkreten Fall um eine offene oder um eine versteckte Diskriminierung handelt.⁹⁷ Denn in der Entscheidung *Mund & Fester* hat der EuGH unzweifelhaft zum Ausdruck gebracht, daß versteckte Diskriminierungen durch objektive Umstände gerechtfertigt sein können.⁹⁸ Gleiches ergibt sich aus der *Bickel*-Entscheidung.⁹⁹

In anderen Entscheidungen, in denen über offene Ungleichbehandlungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit zu befinden war, hat der EuGH weniger deutlich formuliert, weil die Regelungen jedenfalls nicht verhältnismäßig waren.¹⁰⁰ Abgesehen aber davon, daß auch diese Entscheidungen gegen das Verständnis eines absoluten Diskriminierungsverbots sprechen, weil andernfalls die Frage der Verhältnismäßigkeit nicht zu erörtern gewesen wäre, ist eine differenzierte Betrachtung von offenen und versteckten Diskriminierungen aufzugeben. Der systematischen Unterscheidung zwischen offenen und versteckten Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit, die sich in der Literatur und der Rechtsprechung durchgesetzt hat, korrespondieren keine rechtlichen Unterschiede in dem jeweiligen materiellen Verbotsgehalt. Versteckte Diskriminierungen belasten den Bürger nicht minder als offene Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit,

⁹⁴ Vgl. auch *Streinz/Leible*, IPrax 1998, 162, 168.

⁹⁵ *Zuleeg*, in: FS Börner, 473, 481.

⁹⁶ *Streinz/Leible*, IPrax 1998, 162, 168; unter Zitat von *Zuleeg*, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 6, Fn. 58.

⁹⁷ Siehe etwa *v. Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf, Art. 6 Rz. 23; *Koch*, IPrax 1997, 229, 231.

⁹⁸ EuGH Rs. C-398/92, 10.2.1994, Slg. 1994, I-467 Rz. 16 f. *Mund & Fester*; s. auch Rs. C-29/95, 23.4.1997, Slg. 1997, I-300 Rz. 19 *Pastors*.

⁹⁹ EuGH Rs. C-274/96, 24.11.1998, EuZW 1999, S. 82 *Bickel*, unter Verweis auf Rs. C-15/96, 15.1.1998, Slg. 1998, I-47 Rz. 21 *Schöning-Kougebetopolou*.

¹⁰⁰ Vgl. bspw. EuGH Rs. C-325/95, 20.3.1997, Slg. 1997, I-1711 Rz. 24 *Hayes*.

so daß sie im selben Umfang von dem Verbot des Art. 12 Abs. 1 EGV erfaßt werden und auch nicht etwa „leichter“ zu rechtfertigen sind als offene Diskriminierungen. Im rechtlichen Sinne stehen sich offene und versteckte Diskriminierungen gleich.¹⁰¹

3. Etwaige Rechtfertigungsgründe

Eine Typisierung oder Systematisierung der möglichen Rechtfertigungsgründe ist nicht opportun, um das Diskriminierungsverbot im Hinblick auf etwaige entgegenstehende nationale oder gemeinschaftliche Interessen ausreichend flexibel zu halten. Die von den Grundfreiheiten bekannte Formulierung, nach der „zwingende Gründe des Allgemeinwohls“ Beeinträchtigungen ausnahmsweise zu rechtfertigen vermögen, scheint demgegenüber auch für Art. 12 Abs. 1 EGV geeignet, die grundsätzliche Rechtfertigungsmöglichkeit hinreichend zum Ausdruck zu bringen, ohne den materiellen Schutzgehalt substantiell in Frage zu stellen.

V. Verhältnismäßigkeit der Rechtfertigung

Jegliche Rechtfertigung muß verhältnismäßig sein. Auch dieses Erfordernis läßt sich nicht nur dogmatisch begründen, sondern ist, so dies als Argument genügen mag, vom EuGH in der bereits genannten Entscheidung Pastoors deutlich zum Ausdruck gebracht worden: Wird unter Rz. 22 festgestellt, daß der Sachverhalt objektiv die unterschiedliche Behandlung gebietsansässiger und gebietsfremder Betroffener rechtfertigt, wird unter Rz. 24 doch das Erfordernis betont, daß „diese [grundsätzlich im Ermessen der Mitgliedstaaten stehenden Sanktionen] zur Erreichung des angestrebten Zieles angemessen und erforderlich sein müssen, ohne die Grenze dessen zu überschreiten, was hierfür unerlässlich ist.“ Durch diese Ausführungen wird deutlich gemacht, daß die Prüfung der Verhältnismäßigkeit nicht etwa an die Stelle des rechtfertigenden objektiven sachlichen Grundes tritt, sondern daneben. Dies war bislang in den EuGH-Entscheidungen unklar geblieben, in denen der EuGH ohne Prüfung eines rechtfertigenden objektiven Grundes von vorneherein auf die Unverhältnismäßigkeit der Maßnahme abgestellt hat.¹⁰²

Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit im Europarecht reduziert der EuGH zuweilen auf eine Zwei-Stufen-Prüfung.¹⁰³ Nunmehr konkretisiert er, wenn auch in der Terminologie abweichend von der deutschen Bezeichnung, drei Schritte, die erfüllt sein müssen: Die Maßnahme muß „angemessen zur Erreichung des angestrebten Ziels (also geeignet) sein, sie muß erforderlich sein und darf nicht die

¹⁰¹ So wohl *Epiney*, in: Calliess/Ruffert, Art. 12 Rz. 42; und *Novak*, EuZW 1999, 84, 85.

¹⁰² Für die deutsche Grundrechtsdogmatik mag interessant sein, mit welcher Selbstverständlichkeit der EuGH das Verhältnismäßigkeitsprinzip auch auf Gleichheitsrechte anwendet.

¹⁰³ S. bspw. EuGH Rs. 116/82, 18.9.1986, Slg. 1986, 2519 Rz. 21 *Qualitätswein*.

Grenze dessen überschreiten, was hierfür (für die Verwirklichung des Ziels) unerlässlich ist.“¹⁰⁴

C. Rechtsfolgen

Zu den Folgen eines Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot schweigt Art. 12 EGV. An dieser Stelle offenbart sich aber der Charakter des Diskriminierungsverbots als Gleichbehandlungsgebot: Die gegen Art. 12 EGV verstoßende nationale Regelung darf nicht angewendet werden mit der Folge, daß der EG-Ausländer wie ein Inländer zu behandeln ist.¹⁰⁵ Diese Ansicht des EuGH, nach der das Recht auf Gleichbehandlung unmittelbar besteht, ist allerdings nicht unbedenklich,¹⁰⁶ denn grundsätzlich können Verstöße gegen Gleichheitsrechte auf mehrere Arten beseitigt werden: Die schlechter behandelte Gruppe kann auf das Niveau der besser behandelten Gruppe „heraufgeglitten“ werden, umgekehrt kommt aber auch ein „Heruntergleichen“ in Betracht. Schließlich besteht auch die Möglichkeit, beide Gruppen auf eine dritte Weise gleich zu behandeln.¹⁰⁷ Die jeweils rechtsetzende Gewalt hat somit eigentlich einen erheblichen Gestaltungsspielraum, der durch die Rechtsprechung des EuGH gänzlich ignoriert wird.

D. Verpflichtete

I. Mitgliedstaaten

In erster Linie richtet sich das Diskriminierungsverbot an die Mitgliedstaaten. Sie haben bei ihren staatlichen Maßnahmen Ungleichbehandlungen aufgrund der Staatsangehörigkeit zu unterlassen. Weil sich dieses Verbot aufgrund des gemeinschaftsrechtlichen Vorrangs auch auf das nationale Verfassungsrecht bezieht, stellt sich die Frage, ob die Unterscheidung von Deutschen- und Jedermanngrundrechten, die der deutschen Grundrechtssystematik eigen ist, aufzugeben ist und die Privilegierung der Deutschen i.S. des Art. 116 GG in den Art. 8, 9, 11, 12 GG vor dem Maßstab des Art. 12 Abs. 1 EGV keinen Bestand haben kann.¹⁰⁸ Auch die Beschränkung des Grundrechtsschutzes auf inländische juristische Personen gemäß Art. 19 Abs. 3 GG bedarf einer Prüfung am Maßstab des Art. 12 Abs. 1 EGV.¹⁰⁹

Demgegenüber sprechen jedoch gerade die Struktur und die Funktion des Art. 12 Abs. 1 EGV dafür, in jedem Einzelfall genau zu prüfen, ob die Deutschengrund-

104 So für Art. 5 Abs. 3 EGV *Schweitzer/Hummer*, 5. Aufl. 1996, Rz. 897 u. 1131; *Oppermann*, Europarecht, 2. Aufl. 1999, Rz. 521; jeweils m.w.N.

105 EuGH Rs. 186/87, 2.2.1989, Slg. 1989, 195 Rz. 11 *Cowan*; verb. Rs. C-92/92 u. 326/92, 20.10.1993, Slg. 1993, I-5145 Rz. 34 *Phil Collins*.

106 Vgl. *Schack*, JZ 1994, 144, 147.

107 So für Verletzungen von Art. 3 Abs. 1 GG *Pieroth/Schlink*, Staatsrecht II, 15. Aufl. 1999, Rz. 479.

108 *Breuer*, in: *Isensee/Kirchhof*, HStR, Bd. VI (1989), § 147 Rz. 21.

109 Vgl. etwa v. *Bogdandy*, in: *Grabitz/Hilf*, Art. 6 Rz. 51.

rechte auch Unionsbürgern zugänglich gemacht werden müssen.¹¹⁰ Eine grundsätzliche Aufgabe der Deutschengrundrechte ist nicht erforderlich, zumal die zugrundeliegende Differenzierung nach der Staatsangehörigkeit außerhalb des gemeinschaftsrechtlichen Anwendungsbereichs, also beispielsweise bei der Wahrnehmung des aktiven und passiven Wahlrechts bei Parlamentswahlen, nur den Grenzen des Verfassungsrechts unterliegt.¹¹¹

II. Gemeinschaftsorgane

Neben den Mitgliedstaaten werden auch die Organe der Gemeinschaft verpflichtet.¹¹² Allerdings werden sie als Vertreter der europäischen Interessen nur selten Regelungen erlassen, die offen oder versteckt an die Staatsangehörigkeit anknüpfen. Soweit gemeinschaftsrechtliche Maßnahmen aber doch bestimmte Staatsangehörige diskriminieren, etwa weil sie sich schwerpunktmäßig in bestimmten Regionen auswirken und somit andere privilegieren, sind sie nur zulässig, wenn dies aus sachlichen Erwägungen gerechtfertigt ist.¹¹³

III. Private

Ob auch Private von Art. 12 EGV verpflichtet werden, ist umstritten und muß jedenfalls differenziert beantwortet werden. Soweit Privaten autonome Regelungsbefugnisse für kollektive Regelungen im Arbeits- und Dienstleistungsbereich zustehen, sollen sie nach der Rechtsprechung des EuGH ebenso an Art. 12 EGV gebunden sein wie die Mitgliedstaaten.¹¹⁴ In der Literatur gibt es sowohl Stimmen, die Private um so mehr durch Art. 12 EGV verpflichten wollen, je mehr wirtschaftliche Macht sie ausüben,¹¹⁵ als auch die Auffassung, Private seien grundsätzlich an das Diskriminierungsverbot des Art. 12 Abs. 1 EGV gebunden.¹¹⁶

Jedoch lassen sich gegen die Bindung Privater durch Art. 12 Abs. 1 EGV mehrere Argumente ins Feld führen: Zunächst erinnert ein (recht schwaches) Argument in praktischer Hinsicht daran, daß die Kommission ihrer Aufgabe als Vertragshüterin gar nicht nachkommen könne, sollte sie neben den Maßnahmen der Mitgliedstaaten auch noch das gemeinschaftskonforme Verhalten aller Privaten überprüfen müssen.¹¹⁷ Vor allem aber entspricht es der systematischen Konzeption des EG-

110 Kritisch etwa *Bauer/Kahl*, JZ 1995, 1077 ff.; differenzierend auch *Störmer*, AöR 123 (1998), 541 ff.

111 *Kokon*, AöR 121 (1996), 599, 631.

112 Vgl. EuGH Rs. C-295/90, 7.7.1992, Slg. 1992, I-4232 Rz. 15 f. *Parlament/Rat*; Rs. C-309/89, 18.5.1994, Slg. 1994, I-1853 Rz. 26 *Codorniu*.

113 Vgl. v. *Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf, Art. 6 Rz. 28, unter Verweis auf *Mohn*, Der Gleichheitssatz im Gemeinschaftsrecht, 1990, 57 ff.

114 EuGH Rs. 36/74, 12.12.1974, Slg. 1974, 1405 Rz. 20/24 *Walrave*; Rs. C-415/93, 15.12.1995, Slg. 1995, I-4921 Rz. 73 *Bosman*.

115 Zuleeg, in: FS Bömer, 473, 477 u. 483; vorsichtig *Bleckmann*, Europarecht, 6. Aufl. 1997, Rz. 1770; *Kapteyn/v. Themaat*, Introduction to the Law of the European Communities, 3. Aufl. 1998, 62.

116 v. *Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf, Art. 6 Rz. 28 f.

117 Vgl. *Kapteyn/v. Themaat*, Introduction to the Law of the European Communities, 3. Aufl. 1998, 55 ff.

Vertrages, daß grundsätzlich nur die Mitgliedstaaten und die Gemeinschaftsorgane durch das Gemeinschaftsrecht gebunden werden. Private werden lediglich in den Fällen durch den EGV verpflichtet, in denen eine Norm dies ausdrücklich anordnet, etwa in Art. 85, 86 EGV. Andere Ausnahmen, etwa die Erstreckung des Art. 141 EGV auf Beschäftigungsverträge zwischen Privaten sowie auf Tarifverträge zwischen Gewerkschaften und Arbeitgebern,¹¹⁸ sind jedenfalls nicht verallgemeinerungsfähig. Schließlich ist zu berücksichtigen, daß jede Bindung von Privaten an Gleichheitsrechte mit einer Einschränkung ihrer persönlichen Freiheitsrechte verbunden ist und somit letztlich zu einer Beeinträchtigung der – dem EGV zugrundeliegenden und von ihm geschützten – Privatautonomie führt. Soweit es Ziel des EGV ist, die Steuerung des Wirtschaftsverhaltens dem Markt und dem freien Wettbewerb zu überlassen, wirkte sich die horizontale Drittwirkung des Art. 12 Abs. 1 EGV somit kontraproduktiv aus.

Im Ergebnis sollte eine Einbeziehung Privater in den Adressatenkreis des Art. 12 Abs. 1 EGV nur vorsichtig¹¹⁹ und jedenfalls nur dann erfolgen, wenn eine Rechtfertigungsmöglichkeit für etwaige Verstöße anerkannt wird. Außerdem sei angemerkt, daß der materielle Gewährleistungsumfang möglicherweise auch durch bestimmte staatliche Schutzpflichten garantiert werden kann, die die Freiheit des einzelnen weniger bescheiden.¹²⁰

E. Zusammenfassung

Die Ausführungen haben gezeigt, daß die einzelnen Tatbestandsmerkmale des Art. 12 Abs. 1 EGV zum Teil nur schwer zu bestimmen sind. Gleichwohl verliert das Diskriminierungsverbot nicht seine Handhabbarkeit. In ihrem Zusammenspiel gewährleisten die Tatbestandsmerkmale vielmehr, daß Art. 12 Abs. 1 EGV nicht zum Sprengsatz sämtlicher nationaler Rechtsvorschriften wird, die an die jeweilige Staatsangehörigkeit anknüpfen. So ist das Tatbestandsmerkmal des Anwendungsbereichs des Vertrages weit zu verstehen, das der Subsidiarität gegenüber anderen Diskriminierungsverboten ernst zu nehmen. Das eigentliche verbotsbegründende Merkmal der Diskriminierung ist abstrakt umfassend auszulegen, bedarf im konkreten Einzelfall aber der Korrekturmöglichkeit, so daß Rechtfertigungsgründe in den Grenzen ihrer Verhältnismäßigkeit anzuerkennen sind.

118 EuGH Rs. 43/75, 8.4.1976, Slg. 1976, 455 Rz. 38/39 *Defrenne II*; Rs. C-33/89, Slg. 1990, I-2591, 2612 *Kowalska*; s. auch *Kischel*, EuGRZ 1997, I, 7 m.w.N.

119 Vgl. auch *Zuleeg*, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 6 Rz. 18.

120 Vgl. dazu EuGH Rs. C-265/95, 9.12.1997, Slg. 1997, I-6959 Rz. 32 *Agrarblockaden*.